IN PROCESSV ANTONII DE MIRAVETE, ſuper emparamento.

Pro Prioriſſa & Monialibus Diui Alberti Carmelitarum Diſcalciatarum Ciuitatis Calataiubi.



Ntiqua eſt celebris, & cõtrouerſa quæſtio, iam olim inter maximos Iuris Conſultos, Papinian. & Vlpianum agitata. An filij naturales, faciant deficere conditionem fideicommiſſi. Cuius quidem quæſtionis, duplex conſiderari poteſt effectus. Alter eſt, an ſub conditione ſi ſine liberis, comprehendantur naturales vt ipſi ſuccedant. Alter vero effectus eſt, an ſub eadem conditione, filij naturales comprehendantur, vt ſubſtitutum ſub ea conditione vocatum excludant, licet ipſi non ſuccedant.

De priori capite huius controuerſiæ, nulla eſt in præſenti caſu diſputatio neceſſaria. Cum naturalis filia, ab inſigni doctiſſimo & religioſiſſimo viro Martino Mirauete de Blancas, olim Illuſtriſſimi Domini Iuſtitiæ Aragonum meritiſſimo Locumtenenti, nuper autem integerrimo Aduocato fiſcali, ſucceſſionem & hæreditatem nequaquam petat. De poſteriori capite diſputabimus, an ſcilicet prædictæ filiæ naturalis exiſtentia, excluſerit Antonium de Mirauete à

Doctore Ioanne de Mirauete Martino filio substitutum, sub ea conditione, si Martinus filius institutus, sine filijs decessisset.

In qua quæstione, illud in primis animaduertendum est, ad exclusionem substituti vocati sub ea conditione, si sine liberis decesserit sufficere filios extare, licet hæredes non sint, iuxta tex. *in l. filius familias.* 114. §. *cum quis rogatus erit. ff. de leg.* 1.

Quod tamen procedit, quando liberi ob cuius existentiam substitutus excluditur, licet effectu non succedant, sunt tamen successibiles habitu, & potentia, vel ex testamento, vel ab intestato, iuxta celebrem interpretationem glossæ *in d.* §. *cum quis erit rogatus. verb. extiterint. Bart. ibi num.* 2. & 3. & *ex Reynerio Ramponibus. Bald. Angel. Salicet. Nicholao de Napo. Iaso. & Paul. de Cast. in l. generaliter.* §. *cum autem. C. de institu. & substitu. & ex Salicet. Paul. Cuma. Rayn. Nichol. de Napol. Ioan. de Imol. Alexand. & Rip. in l. ex facto.* §. *siquis rogatus. ff. ad Trebel. Aretin. in cap. in præsentia. Ruyn. in consil.* 122. *num.* 5. *vol.* 3. asserit, communem, & magis communem Doctorum opinionem. *Trentacinq. de substitu.* 4. *par. cap.* 7. *num.* 27. *Socin. in l. cum auus. numer.* 105. *ff. de conditionibus & demonstrationibus. Alexan. consil.* 13. *nu.* 7. *vol.* 3. *Peregrin. de fideicom. art.* 28. *num.* 51.

Quo præsupposito in primis probatur filium naturalem excludere substitutum vocatum sub conditione, si sine liberis, quia in Regno certissimum est, naturalem filiũ successibilem esse eiusdem parentibus; cum ab eis possint lege permittente, hæredes institui: vt constat ex *for. vni. tit. de natis ex damnat. coit. fol.* 124. *obseruan. item in Aragonia.* 25. *tit. de general. priuil. fol.* 26. *Molin. verb. bastardus. fol.* 47. *col.* 1. & indistincte filij naturales dicuntur de familia & agnatione, & gaudent priuilegijs, exemptionibus, libertatibus, & immunitatibus familiæ & agnationi, vnde originem ducunt, competentibus *obseruan.* 1. *tit. de conditione infançoniatus. Molin. d. verb. bastardus. & in verb. infanciones. fol.* 177. *Portol. verb. bastardus. num.* 1. *cum sequentib.* & facultas concessa parẽti accusandi eum, qui vim intulit filiæ suæ, *ex for.* 2. *de adulterio & strupo. fol.* 164. non solum competit propter violentiam factam filiæ legitimæ & naturali, verum etiam competit eo casu, quo vis illata est filiæ naturali tantum, vt ita forum illũ interpretatur. *Bages in obseru. item vxor. de homicidio. Portol. verb. filius. num.* 3. vbi ita in Regno iudicatum esse asserit, in processu Don Ludouici

douici de Bardaxi super criminali, contra Ferdinandum de Gandioz.

Prædictorum omnium ea esse ratio potest, quæ deducitur ex procœmio Serenissimi nostri Regis Iacobi, in quo extat dispositum, recurrendum esse ad naturale ius, & eius æquitatem, deficientibus foris, cum autem naturali iure & eius æquitate inspecta, inter naturales filios tantum, & inter naturales & legitimos simul, nulla constituatur differentia, cum naturali iure, & æquitate, vnum esset solum filiorum nomen. Postea vero ciuile, & positiuũ ius iniquas, & iniustas cohitiones, complexusve. Coercuit, & prohibuit, ex qua quidem prohibitione per legem positiuam, & ciuilem introducta, diuersa filiorum nomina effluxerunt, & alij naturales, alij legitimi, alij legitimi & naturales, alij spurij, alij deniq; incestuosi appellati sunt, omnes tamen siue naturales sint, siue legitimi, siue legitimi & naturales, deniq; siue spurij, aut incestuosi sint, filiorum appellatione continentur. *l. tutelas. de capitis diminutione. §. licet in authentico quibus modis naturales efficiantur legitimi. Bart. in l. pronuntiatio. ff. de verborum signifi. Alexan. consil. 2. col. 7. vol. 1. Bonifa. Ruger. consil. 3. num. 145. glo. & DD. in d. §. siquis rogatus. & in cap. in præsentia. & in cap. Reynaldus. de testam. Bart. Alexan. Rip. Imo. Paul. Ruyn. & alij quos refert & sequitur Torniola consil. 88. num. 23. Nata consil. 473. num. 31. & sequent. Cephal. consil. 591. num. 1. 4. & 7. Decius consil. 365. & in d. cap. in præsentia. num. 107. Peregrin. de fideicom. art. 22. num. 80. & art. 28 num. 21. Sforcia Oddo de compendiosa substitutione par. 6. art. 6.*

Et licet filius naturales secundum iuris strictam interpretationem, ille propriè appelletur, qui ex concubina, domi retenta, procreatus est, affectu matrimoniali, & protestatione mediante. *Bart. in l. vltima. ff. de his quibus vt indignis. DD. in l. vltima. ff. de concubinis. Rip. in l. ex facto. §. hæres. ff. ad Trebelian. Mascard. de probat. conclu. 341. Surd. de alimentis. tit. 1. quæst. 9. num. 10. & consil. 303. num. 28. & sequentib. Menoch. consil. 60. num. 3. & consil. 283. num. 10. & in tractatu de præsumpt. lib. 6. præsump. 54. Hondedeus. consil. 68. lib. 1. Caualcan. decis. 10. par. 3.*

Tamen, secundum vulgarem consuetudinem & cõmunem vsum loquendi, filij naturales illi appellantur, qui ex soluto & soluta procreati sunt, licet pater concubinam, affectu maritali, domi non retinuerit,

tinuerit, *Abb. in cap. per venerabilem super glo. verb. naturalibus. Bald. consil.206.vol.3. Couar. lib.4. decretal. 2.par.cap.8.§.4. num.3. Suarez in l.1.fori. tit. todo home. numer.5. quos refert & sequitur Cras.in §. institutio. quæst.7. num. 7. vbi num. 3.* ita iudicatum fuisse asserit, communem esse opinionem dicens. *Angel. Salicet. Alberic. & Paris. quos refert Ceuallos in speculo communium contra communes. quæst.565. num.4. Ias. consil.50. vol.3. Beroius consil. 165.num.1.vol.2. quos refert Bursat.consil.62. num.5. in fin. Gabri.consil.29. num. 1. & sequentib. & præcipue num. 5.* vbi pluribus Rotæ decisionibus ita iudicatum asserit, *& consil.140. num.22.vol.1. Berreta consil.90. & consil. 117.* vbi latissimè ait hanc opinionem esse veriorem & receptiorem. *Craueta consil.166. num.9. & 10. Riminaldus Iunior consil.187.nu.28. cum sequentib.& consil.215. nu.76. cum sequentib. lib.2. Paul. Lancel. inter consilia vltimarum voluntatum consil. 176. num.52. lib. 1. Cephalus consil. 48. num. 18. cum seqq. Alfanus in collectanea 957. Surd.consil.355. num.55. lib. 2. Alciat. lib.4. Parergon. cap.5. Peregrin.de iure fisci. tit.18. num.20.* vbi subdit pluries fuisse decisum pro hac opinione, *& in tracta. de fideicom. art. 28. numer.49. in versic. item nati ex soluto & soluta. Eugen.consil.52. num. 44. Passeta consil.72. Emilius consil.31. per totum. Rota Romana in nouissimis decis.1168. lib.3.* Ex quibus constat, hanc esse veram communẽ, vsu, & consuetudine, receptam opinionem in iudicando & consulendo, vt ab ea merito recedendum non sit.

Quæ omnia, in præsenti Aragonum Regno, sine vlla difficultate procedunt, cum lege eius expresse cautum sit, filio nato ex soluto & soluta posse patrem in testamento quidquid voluerit dare, vt constat ex for. *vnico. tit.de natis ex damnato coitu. fol.124. obseru. item in Aragonia.25. tit.de general.priuileg.totius Regni. fol.25.* quæ quidem forales dispositiones iuri communi non repugnant, sed ex eius certa dispositione procedunt, quia licet communiter DD. existiment filio verè & propriè naturali, hoc est ex concubina domi retenta, affectu matrimoniali, posse relinquere ex testamento, non tamen posse relinquere filio qui naturalis non sit. Tamen hæc distinctio nullo iure probatur, quia iura ciuilia filio ex damnato coitu, & punibili nato prohibent ex testamento capere, non vero filio qui ex damnato, & punibili coitu natus non est, qua propter cum filius ex soluto & soluta natus, licet pater eiusdem non habuerit concu-

binam

binam matrem eius, domi, affectu matrimoniali, ex damnato & punibili coitu non nascatur, cum nulla iura ciuilia prohibeant, & sub pœna temporali coërceant amplexum & concubinatum, inter solutum & solutam, *Iul. Clar. lib. 5. sententiarum. §. fornicatio. num. 6.* inde est, quòd pater filio naturali ex soluto & soluta nato, licet verè & propriè naturalis non sit, potest tamen eidem in testamento relinquere, quod filijs naturalibus ciuilis lex relinqui permissit, quam interpretationem ad tex. *in l. licet. C. de naturalibus liberis. & in authentico quibus modis naturales efficiantur sui. §. discretis, vbi dicta authentica fuit desumpta, ingeniosè adduxit Hieronym. Gabri. d. consil. 29. à nu. 1. cum seq. & approbauit Rota Romana decis. 1168. num. 2. cum sequentibus.*

Ex quibus omnibus clarissimum & expeditissimum est, secundũ iuris communis dispositiones, & præcipuè secundum leges Regni, filium naturalem, eum verè & propriè appellari, quoad effectum succedendi patri eius, ex testamento, qui ex soluto & soluta natus est, licet illius parentes, in concubinatu certo, domestico, & cum matrimoniali affectu, non delitescant, & eum verè & propriè sub conditione, si sine liberis, comprehendi.

Secundo probatur, quia maxima est differentia in fideicõmissis, & substitutionibus inter verba cõditionalia, & dispositiua, & cõditionẽ, si sine liberis, positã ad effectum, vt ipsi liberi succedant, & inter eandẽ conditionẽ, positã ad effectũ excludendi substitutum, sub ea à testatore vocatum. Namq; verba dispositiua, & conditio, si sine liberis, ad effectum succedendi prolata, verè propriè, strictè, & in potiori significatu accipienda sunt, vt eo modo institutus hæres, quem prædilexerat testator, minus grauetur, comprehendendo sub ea conditione, si sine liberis, ad effectum succedendi, tantummodo filios legitimos & naturales simul, qui verè & propriè filij iusti sunt, tanquam ex iustis & legitimis nuptijs procreati. Verba vero conditionalia, & conditio, si sine liberis, ad effectum excludendi, accipienda sunt, in ampliori significatione, vt scilicet comprehendat non solum filios legitimos & naturales simul, verum etiam filios naturales tantum, ex huiusmodi enim filiorum naturalium comprehensione, & lata verbi filiorum interpretatione, substitutus sub cõditione, si sine liberis, vocatus, excluditur, atq; inde hæres grauatus liberam bonorum sibi relictorum disponendi facultatem consequi

tur, quod maxime illi fauorabile est, vnde ex hac ratione filium naturalem, substitutum vocatum, sub conditione, si sine liberis, excludere, communiter cēsuerunt DD. *glo. in d. l. ex facto. §. siquis rogatus. quam probat Ruin. consil. 122. num. 5. lib. 3. qui ex Rayner. Francisco de Rampon. Nicholao de Matarel. Bald. Angel. Paul. Castren. & alijs in d. §. siquis rogatus. & in d. l. filius familias. §. cum autem quis rogatus erit. & in l. cum acutissimi. C. de fideicom.* asserit, hanc opinionem esse communem. *Rip. in d. §. siquis rogatus. num. 10. Socin. in l. cum auus. numer. 65. post medium. ff. de conditio. & demonstratio. & consil. 182. ad finem. lib. 2. Bursat. consil. 51. num. 20. lib. 1. qui ex Sforcia Oddo in tractat. de compendiosa substitutione. par. 6. versic. naturales. fol. 205. Corras. in Miscellaneis iuris lib. 1. glo. 7. par. 1. num. 45. Alsan. collectanea 66. ad l. ex facto. §. siquis rogatus. ad Trebel. Ioan. Band. variarum. quæstionum. lib. 2. quæst. 16.* dicit, communem esse DD. sententiam, & regulam. *Dec. consi. 1. nu. 10. & consil. 153. in fine. & consil. 412. num. 9. Decian. consil. 33. numer. 10. lib. 5.* qui asserit, ab hac opinione non esse recedendum, eamq; defendere omnes moderniores. *Ias. in l. generaliter. §. cum autem. C. de institutionibus & substitu.* qui dicit, hanc esse communem opinionem. *Dec. in cap. in præsentia. num. 36. de probat. vbi Ferret. num. 42. Paris. numer. 59.* qui asserit, ab hac opinione iudicando, & consulendo recedendum non esse. *Trentacinquius de substitu. cap. 7. num.* 28. qui asserit, esse communem, & veram DD. sententiam, eamq; pulchrè & latè pluribus rationibus exornat. *Cras. in §. fideicom. quæst. 37. num. 1. Gomez lib. 1. variarum. resolut. cap. 5. num. 40. Peregrin. de fideicom. artic. 28. num. 45. Berreta consil. 31. num. 1. Mantica de coniectu. lib. 11. tit. 9. nu. 1. & 2. cum seqq. Bald. consil. 319. num. 8. vol. 4. Honded. consil. 64. num. 2.* vbi communem appellat, & durum esse ab ea in practica recedere, *& consil. 70. num. 36. vol. 1. Socin. Iunior consil. 354. num. 4. lib. 2. Alciat. consil. 24. num. 9. lib. 9. Federic. Scot. respon. 3. numer. 4. lib. 4. tom. 2. Cephal. consil. 656. num. 37. cum seqq. Mandel. consil. 167. num. 24.* Ex quibus satis perspicuè constat lapsum fuisse doctissimum Acosta *in cap. si pater. verb. si absq; liberis. num. 40. quem sequitur Molin. de iustitia & iur. tracta. 2. disput. 190. col. 5.* asserentem, contrariam opinionem, naturalem scilicet filium substitutum non excludere, cum contrarium verius sit, & receptius, vel ex eisdem auctoribus, quos ipsi referunt.

Generale

Generale enim est, & in iure receptissimum, verba quæ sub eorum latitudine, possunt diuersas personarum species comprehendere, in materia fauorabili, esse cõprehensas, in materia vero odiosa, non esse comprehensas, prout exemplum constitui potest, in interpretatione eiusdem verbi, de quo nos in præsenti loquimur. Namq; licet filiorum appellatione, nepotes non comprehendantur, secundum veram propriam & strictam significationem, *vt ex Alciat. Roman. Mazo. Dec. Rolan. Corneo. Bursat. Socin. Iunior. Riminal. Iuniori. Surd. Alser. Berre. Menoch. & Honded. refert Ludoui. Casan. consil. 34. num. 8. & consil. 56. num. 44.*

Tamen, quotiescumq; materia in qua disputatio versatur fauorabilis est, eo in casu, filiorum appellatione, nepotes quoq; comprehenduntur, veluti si agatur de extendendo grauamine illato filijs, ad nepotes eo casu, cum agatur de præiudicio nepotum; filiorum appellatione nepotes non comprehendentur, at vero si agatur de fauore ipsorum, veluti, an censeantur vocati, & inclusi in substitutione facta sub commemoratione filiorum, eo casu, filiorum appellatione comprehendũtur nepotes. *Bart. & cæteri in l. Gallus. §. instituens. ff. de liberis & posthumis. & in l. liberorum. ff. de verbor. significatio. & ex eod. Bart. Angel. Imol. Ondra. Butr. Anchar. Cardi. Socin. Alex. Iaso. Cap. Fulcio Iunior. Deci. Corn. Barba. Roma. Bald. Bertrand. Gozad. Fulcio Senior. Socin. Iunior.* asserit communem esse, & magis communem Doctorum opinionem. *Anton. Gabri. lib. 6. communium opinionum. tit. de verborum significatione. concl. 1. num. 5. & 7. Mantica de coniectur. li. 8. tit. 8. num. 1. versic. ad hanc primam sententiam. Pratis de interpretatione vltimarum volunta. lib. 3. dubit. 4. solut. 1. num. 54. Eugen. consil. 94. num. 5. Rauden. de analogis cap. 15. num. 47. Roland. consil. 43. nu. 26. Honded. consil. 70. num. 36.* neq; quidquam refragatur *decis. 64.* Domini Iosephi de Sesse, quia vt ex motiuis eiusdem apparet, ibi filiorum appellatione, nepotes non fuerunt comprehensi, quia testator filios proprijs nominibus appellauerat, & quia agebatur de exclusione proprij filij testatoris, atq; ita in materia odiosa.

Et antequam hinc digrediamur animaduerto, summè ad propositum conducere, in præsenti materia, distinctionem per Peregrin. relatam *in tracta. de fideicom. artic. 22. num. 45.* qui asserit in hac disputatione, an appellatione filiorum comprehendantur nepotes, distin-

guendum

guendum esse, nam aut filiorum mentio fuit facta dispositiuè, aut conditionaliter. Primo casu filiorum appellatione contineri vel nõ cõtineri nepotes, dependet ex cõiecturata mente testatoris. Posteriori vero casu, hoc est, quando filij in conditione ponuntur, liberorum appellatione, nepotes comprehenduntur, ex celebri tex. *in l. Lucius. ff. de hæredi. institu. l. 1. C. de condition. insertis*, ex quo ad materiam de qua nos agimus, clarè deducitur aliam esse rationem filiorum positorũ ad excludendũ, & aliam ad succedendum, vt scilicet, quando tractatur de filijs ad excludendũ, latissima accipiatur interpretatio, & sub eiusdem appellatione, nepotes filiæ & filij quoq; naturales comprehendũtur: nulla facta distinctione an testator nobilis sit, aut in dignitate constitutus.

Quorum omnium ea est generalis ratio, quia tunc tractatur de materia fauorabili, scilicet, de libertate bonorum, vt supra latissimè disputatum est.

Item licet filiorum appellatione, filiæ non comprehendantur, secundum propriam & strictam verbi significationem. *l. quisquis. de verbor. significat. Bart. in l. 1. eod. tit. Ancharran. consil. 122. num. 3. Curtius Iunior consil. 163. num. 13. Socin. Iunior consil. 168. num. 27. lib. 1. Roland. consil. 93. num. 14. lib. 2. Sforcia consil. 6. num. 7. Corn. consil. 158. num. 6. lib. 2. & consil. 255. num. 4. lib. 4. Alban. consil. 29. num. 4. li. 1.*

Tamen, quandocumq; tractatur de fauore filiarum, filiorum appellatione, ipsæ quoq; filiæ comprehensæ censentur. *l. filiæ. 84. l. liberorum. 220. §. vlt. l. quisquis. 116. l. iuxta. 201. l. seruius. aliàs herenius. 122. ff. de verbor. significatione. l. siquis ita. in prin. ff. de testamentaria tutela. Socin. in l. hæredes mei. §. cũ ita. versic. & adnotata per Bar. hic dicebam. Virgil. & alij quos refert & sequitur Pacian. consil. 17. num. 20. & seq. Thesaurus decis. 269. num. 11. Peregrin. art. 25. num. 1. vbi num. 3.* ex grauissimorum Doctorum sententia, asserit filiam in odiosis filiorum appellatione non contineri, licet in fauorabilibus, filiorum appellatione contineantur.

Summa ergo prædictorum omnium ea est, quod filij naturales faciunt deficere conditionem fideicommissi relicti, sub ea conditione, si sine liberis decesserit, quia cum conditiones omnes ad suspendendam dispositionem apponantur, hęredi instituto fauorabile est, eas verificari, substitutum excludi, atq; ita consequi bonorum liberam

beram dispositionē. *Bar. in l. illis libertis. ff. de condit. & demonstr. & in l. Lucius. ff. de alimentis & cibarijs legatis. Alciat. consil.* 528. *num.* 7. *& seq.* atq; ita secundum supradicta, per existentiam filiorum naturalium euanescit substitutio, concepta sub conditione, si sine liberis, quia filiorum appellatione, (eo casu) nepotes comprehenduntur.

Tertio probatur, ex celebri distinctione Rotæ Bononien. *in consil. vnico. impresso in calce decisionum Cæsaris de Barcis. num.* 144. vbi distinguitur, quòd, aut filij ponuntur in conditione, ad ipsorum commodum, vt scilicet ipsi succedant ex testamento, concurrentibus coniecturis, & præsumptionibus necessarijs, aut ponuntur in conditione, ad vtilitatem & commodum hæredis instituti, vt minus grauetur, & liberam consequatur dispositionem bonorum, in quibus institutus est. In priori enim casu, quando scilicet filij ponuntur in conditione, ad eorum commodum & vtilitatem, filiorum appellatione naturales non comprehenduntur. Posteriori vero quando scilicet in conditione ponuntur ad commodum, & vtilitatem grauati, eo casu, filiorum appellatione, naturales continentur, & substitutū excludunt.

In præsenti autem casu non versamur in prima distinctionis parte, cum filij hæredes instituti non ponantur in conditione, vt ipsi succedant, cum nullæ in testamento adsint coniecturæ, ex quibus eorum vocatio, & substitutio possit prætendi: sed versamur in posteriori casu, quia filij in conditione positi sunt, vt substitutum excludant, & liberè possit hæres institutus, in testamento de bonis hæreditarijs disponere, atq; ita conditio, si sine liberis, apposita fuit ad commodum & vtilitatem hæredis grauati, & vt minus grauetur, prout regulare est, in cæteris omnibus conditionibus, quæ semper ad vtilitatem hæredis grauati apponi censentur. *Bart. in l. illis libertis. ff. de condition. & demonstra. & in l. Lucius. ff. de alimentis cibar. legatis. & ex Paul. Aretin. Imol. & alijs docet Alciat. consil.* 528. *num.* 8.

Quarto probatur, quia conditio, si sine filijs, est merè voluntaria, cuius natura, ea est, vt merum tantum factum consideret, non autem modum implendi. *l. qui hæredi. l. meuius. ff. de condi. & demonstr.* atq; ita cum filij supersint, substitutus excludetur ex defectu con-

ditionis voluntariæ, veluti excluderetur, si nauis ex Asia venisset, si sub ea conditione foret institutus, & licet regulare sit, quod testator videatur se cum iuris ciuilis dispositione conformare: illud verum est, & procedit in dispositiuis, non vero in conditionalibus, in quibus sufficit nudum, & merum factum. *Corne.consil.83.numer.8.cum seqq. & consil.197.num.17.vol.1. pulchrè ad propositum Zanchus in l.hæredes mei.§.cum ita.p.9.num.8.cum seqq.* atq; ita ob existentiam filiorum naturalium substitutus excludetur, nec quærendum est, an succedant, vel non succedant.

Quinto probatur, quia iure digestorum, quo filius naturalis a successione parentis ab intestato, erat omnino exclusus, adhuc tamen substitutum excludebat, & comprehendebatur sub conditione, si sine liberis, *l. ex facto.§.si quis rogatus.ff.ad Trebel.* Ergo licet in hoc regno, filius naturalis parenti eius, abintestato non succedat, adhuc tamen comprehendetur sub conditione, si sine liberis, & substitutum excludet, quia vt pulchrè inquit *Deci. consil.* 153.*numer.*4. *ferè ad finem vers. in tali conditione etiam naturalis excludit substitutum, qui tamen de iure communi non succedit, ex quo datur intelligi, quod facilius quis, excludit substitutum, quam de iure communi admittatur*, quæ verba videntur casum nostrum decidere.

Sexto probatur ex distinctione Angel. *in l.generaliter.§.cum autem C.de institu.& substitu.quem sequuntur Paris.in c. in præsentia.num.62.& seqq.de probation.Ruyn.in l.Gallus.§.& quid si tantum. num.40.ff.de liberis & posthum.Menoch.de præsumptio.lib.4.præsump.78.num.70. Peregrin. de fideicom.art.22.num.79.* qui distinguunt, an filij ponantur in cōditione affirmatiua, si liberis habuerit, aut in conditione negatiua, si sine filijs, vt priori casu naturales non cōprehendantur: in posteriori comprehensi sint, & substitutum excludant. Atque ita cum in casu præsenti, filij in conditione negatiua positi fuerint, substitutus excludetur.

Et licet Rip. *in d.§.si quis rogatus. num.29. vbi Alexand.num.9.* eam distinctionem improbent, tanquam in vtraq; parte eiusdem, idem sit disponendum per tex. *in l.fideicommissum.76.ff.de conditio. & demonstra.& in l.si ita quis.§.is cui.51.ff.de lega.2.* in quibus adoptiuus

filius

filius non succedit in substitutione facta, si liberos habuerit, & substitutum vocatum sub conditione, si sine liberis, non excludit.

Sed obiectioni Rippæ, & Alexand. optimè satisfacit Peregrin. *d. artic. 23. num. 79.* aduertendo, appellatione filiorum comprehendi eos tantum filios, qui per naturam, & sanguinem filij sunt, nō vero qui per commentum & fictionem filij reputantur, alioquin sequeretur absurdum, quòd grauatus posset, quem vellet filium adoptare, & quem nollet testator illi hæredem facere, & præterea quando vellet quemcumq; substitutum excludere: vnde cum dispar sit inter vtrosq; filios, ratio de adoptiuo, ad naturalem non recte arguitur.

Quinimo Angeli, & aliorum differentia supra relata, maxima nititur æquitate, & iuris ratione, quia quotiescumq; filij ponuntur in cōditione, affirmatiua, si filios habuerit, interest grauati, ad cuius vtilitatem & fauorem, ea conditio adiecta est, vt appellatione filiorum, legitimi tantum comprehendantur, cum si naturales quoque comprehensi essent, substitutus admitteretur, atque ita ratio, quæ fecit secundum communem DD. opinionem, vt sub conditione negatiua, si sine liberis, filij naturales comprehendantur, vt substitutus excludatur, & heres institutus minus grauetur, eadem ratio fecit, vt sub conditione affirmatiua, si liberos habuerit, naturales non comprehendantur, ne substitutus admittatur, & hæres institutus magis grauetur, quòd miror Rippæ & Alex. præterijsse.

Septimo probatur, quia quotienscumque filij naturales per statutum admittuntur ad successionem, sub conditione, si sine liberis, comprehensi censentur, quia eo casu, ratio propter quam solent excludi, vt testator censeatur se cum iuris ciuilis dispositione conformare, omnino cessat atque ita, quando filij naturales habiles sūt ad succedendum, in vim statuti prout in nostro regno, eo casu, substitutum excludunt, nulla facta differentia, an pater nobilis sit, vel indignitate constitutus, quia in omnibus casibus, in quibus filius legitimus, & naturalis substitum, excluderet, in eisdem filius naturalis habilis ad succedendum per statutum, eundem substitutum excludet, *ex Abb. & Dec. in c. in præsentia. de probation. Immol. & Castren. in l. hæredibus. §. vlt. ff. ad Trebel. refert & sequitur Ruger. cō. 27. n. 205. cū seqq.*

Octa-

Octauo, quia vbi adest statutū prout in regno, quod verba generaliter prolata, generaliter intelligãtur, & q̄ cartæ stetur, & ab ea nō recedatur filiorū appellatione, cū secundū naturalē sensum, & rationem, & vocis proprietatem, naturales comprehendantur, procul dubio substitutū excludent: quia magis contraria est regulæ, quòd cartæ stetur, & quod verba generaliter accipiantur restrictio, quam extensio, *vt ex Crauet. consil. 227. num. 11. & 12. & consil. 294. numer. 3. & 6. & consil. 308. num. 3. Gozadin. consil. 59. num. 18. Alba. consil. 109. num. 20. Alcia. consil. 96. num. 33. Socin. consil. 98. num. 25. vol. 4. idem cons. 129. num. 5. vol. 1. Ancharr. consil. 102. Bal. in authentica eo decursum. in fine C. de donation. ante nuptias, refert, & sequitur Portol. verb. forus. numer. 55. & in tracta. de consor. cap. 5. num. 33.* & coniecturata mens reiecta censetur: atque ita, filius naturalis sub conditione comprehensus, substitutum excludet.

Nono, quia in eisdemmet terminis, in quibus nos versamur, ita consuluerunt sequentes grauissimi Auctores.

Bald. *cons.* 319. *n.* 8. *vol.* 4. vbi hæredi grauato, testator alienationē prohibuerat, sub ea clausula, quia voluit dicta bona in posteros suos liberos, ex eo, vel eis, & ex masculina linea descēdētes deuenire. Et cū dubitaretur, an filius naturalis sub ijs verbis comprehenderetur: cōsuluit non contineri. Ex hac pulchra distinctione, quæ summè ad propositum potest accommodari. Aut enim, inquit, liberorum mētio fit, vt liberi minus grauentur, vt si testator dixerit, si filius sine filijs decesserit, substituo Titium. Aut liberorum mentio fit, vt magis grauentur filij, veluti, si dixisset testator, prohibeo filio meo hęredi instituto, bonorum alienationem, si sine liberis decesserit. In primo enim casu, resoluit Bald. in conditione, si sine liberis, comprehendi, & contineri filium naturalem: quia ex comprehensione eius, filius hęres institutus, minus grauetur: cum ab onere fideicommissi liberetur. *l. filius familias. §. diui. ff. de leg. 1. l. libertinum. C. de interdicto matrimonio. l. vlt. de confirmando tutore.* Nos autem vt patet in primo membro distinctionis Baldi versamur, quia vltimus bonorum possessor, fuerit sub conditione, si sine liberis, vt minus hæres institutus grauetur; debet filius naturalis comprehendi. Si enim non cōprehenderetur, hæres institutus, vel substitutus, liberam disponen-

di

di facultatem,in bonis fideicommiſſarijs amitteret.

Et Socin.Iunior.*conſil.*154.*num.*4.*lib.*2.reſoluit, filiam naturalem excludere ſubſtitutum, vocatum ſub ea conditione, ſi ſine liberis deceſſerit. Quia cum illa ſub verbis conditionalibus comprehenſa ſit,ad inducendum conditionis deffectum ſufficit,eam extare, licet non ſuccedat, vel quiduis aliud poſtea contigerit; quia communis regula ſit, poſitos in conditione non eſſe vocatos, non erat neceſſarium, in ſuo caſu, ad excludendum ſubſtitutum filiam naturalem ſuccedere: quia ſola illius exiſtentia excluſionem operabatur.

Alciat. *conſil.* 24. *num.* 9. *lib.* 9. aſſerit, filium ſpurium excludere ſubſtitutum,vocatum ſub ea conditione,ſi ſine liberis,& quia filius ſpurius inſucceſſibilis eſt, atque ita non videbatur comprehenſus ſub conditione, ſi ſine liberis, reſpondit, id non obſtare, quia incapacitas,vel inhabilitas filij ſpurij,impedimento eſt, vt ipſe ſuccedere non poſſit, non vero eſt impedimento, quo minus in conditione ponatur; quemadmodum alia quælibet res, vel quodlibet merum factum. *l.qui hæredi. l. meuius. ff. de condit.& demonſtra.*

Mandel. *conſil.* 167. *numer.* 26. ait, ſpurium filium, quoad inſtitutionem, & quoad ſuccedendum, haberi pro mortuo, quoad ſubſtitutum vero, & eius excluſionem, non habetur pro mortuo, quare ſi ſubſtitutus vocatus fuerit ſub cõditione, ſi ſine liberis, non dicetur adimpleta, relicto filio, quantumuis ſpurio, & inhabili, ad ſuccedendum: Cùm comprehendatur filiorum appellatione, & cũ verè, & naturaliter viuat,haberi non poteſt pro mortuo; ſicuti bãnitus qui inhabilis eſt ad ſuccedendũ, & quoad effectũ ſuccedendi pro mortuo habetur; non tamen habetur pro mortuo vt ſuccedat ſubſtitutus, qui in caſu mortis banniti vocatus eſt. *Bart. & communiter DD. in l.ex facto. ff. ad Trebel.*

Federic.Scot. *reſpon.*3.*num.*4.*lib.*4.*tom.*2. docet, filium naturalem comprehendi ſub conditione,ſi ſine liberis, ad excluſionẽ ſubſtituti, & ad vtilitatem,& beneficium filiorum legitimorum, & naturalium. Leonardus enim, & Aloiſius, hæres inſtituti, inuicem ſubſtituti fuerant, ſi ipſorum alter, quandocumq; ſine liberis deceſſiſſet. Aloiſius, filium ſuſceperat, naturalem tamen, per cuius exiſtentiam, Leonardum excluſum fuiſſe reſpondit: Et licet filius naturalis non ſuccedat ab inteſtato, excludit tamen ſubſtitutum,ad

beneficium,& vtilitatem eorum,qui ab intestato succedunt.

Cephal. *consil.656.à num.37.cum seqq.* vbi testator, hæredibus institutis, substituit antiquiorem de familia,præferendo seniorem habentem filios,seniori filios non habenti,ad seniorem,filiam tantum naturalem habentem, hæreditatem pertinere,respondit. Quia sub illis verbis: *Præferendo semper seniorem habentem filios,&c.* Comprehenditur filia naturalis, ad exclusionem substituti vocati,sub conditione,si senior, vel antiquior de familia, filios non haberet. Et *nu.* 68. pulchrè ad propositum asserit, quòd licet secundum iuris communis dispositionem, filius legitimus, & naturalis, melioris sit conditionis, quàm filius naturalis tantum, hoc inquit: posset procedere, quando vocati sunt, quia fortius legitimi vocantur, quã naturales: nõ vero procedit, quando filij in conditione positi,ponũtur ad exclusionẽ substituti, & grauati fauorẽ, quia eo casu, æqualiter & indistinctè excludunt filij naturali,& filiæ fœminæ, filij legitimi & naturales simul,& filij masculi tantum: & commodè subijcit *num.seq.* grauatum in hoc casu, tractare potius de retentione, quam de acquisitione, atq; ita de damno vitando, potius quàm de lucro captando.

Et licet Peregrin. *consil.*73. *vol.*2. contra Cephalum in eadem causa responderit, & obtinuerit, vt ipse quoq; Peregrinus refert *de fideicommiss. artic.* . Tamen in illo casu concurrebat expressa exclusio naturalium filiorum, & ideo non mirum, si ipse non facerent deficere conditionem fideicommissi concepti, sub conditione, si sine liberis decesserit. Quinimo,& ipse Peregrinus contrarium expresse, & in fortioribus terminis respondit *consil.*54. *per totum.vol.*2. & per sex sententias per quadraginta viros supremos rerum ciuilium Iudices in Republica Veneta, iudicatum refert. Maximè vbi filius naturalis non agit de succedendo, sed de excludendo, prout ipse Peregrin. considerat supra *dicto consil.*54. *num.*25. *& melius numer.* 10.

Superiora omnia conuincunt in conditione,si sine liberis,ad effectum succedendi, considerandam esse testatori conditionem, prout docuit Vlpianus *in d.* §. *siquis rogatus.* In eadem vero conditione ad effectum excludendi, nullam esse admittendam considerationem, de qua Vlpianus, & Doctores in *supra dicto* §. *alioquin.* si

in hoc

in hoc posteriori casu eædem essent faciendæ considerationes, nulla esset differentia, inter prædictam conditionem prolatam ad effectũ succedendi, vel ad effectum excludendi, quod quantum rationi, æquitati, & iuris communis dispositioni repugnet, nemo est qui ambiget ex supradictis.

Inde est, quod in præsenti nulla est disputatio necessaria, an in facti contingentia adsint coniecturæ nec ne. Quæ disputatio licet necessaria esset, ea tamen Consulto omitterem. Tum quia latissimè eam materiam disputauit, Aduocatus principalis huius causæ. Tum etiam quia, eandem prouinciam iterum subijt, quibus nihil adijciendum puto. Ex quibus ad fauorem hæredis grauati, & substituti exclusionem, pronuntiari dum existimo. Saluo, &c.

Matthias de Casanate.

